

University of Groningen

RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap

Karapetian, Arpi

Published in:
Tijdschrift voor Insolventierecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Karapetian, A. (2015). RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt. *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2015(51).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt

Mr. A. Karapetian, datum 01-11-2015

Datum

01-11-2015

Auteur

Mr. A. Karapetian^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS213496:1

Vakgebied(en)

Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht

Insolventierecht / Algemeen

Wetgeving

art. 326 Sr

De Hoge Raad oordeelde in *RCI Financial Services/Kastrop* dat de bestuurder die namens de vennootschap een financieringsovereenkomst aanging waarin ten behoeve van de financier eersterangs pandrechten werden bedongen, terwijl een ander reeds eerste pandrechten had op de desbetreffende zaken, geen onrechtmatige daad pleegde omdat er niet voldaan werd aan de *Beklame!*-norm. Niet voorzienbaar was dat de vennootschap geen verhaal zou bieden voor de te ontstane schade. Onderzocht wordt in deze bijdrage hoe dit oordeel zich verhoudt tot het delict oplichting in de zin van art. 326 Sr en welke norm hieruit voor de bestuurder kan worden gedestilleerd.

1. Inleiding

De bestuurder van een vennootschap heeft zich jegens derden te gedragen in overeenstemming met normen die uit de regeling van de onrechtmatige daad voortvloeien. Betrekkelijk recent kwam een interessant geval aan de orde in de rechtspraak.^[2] De kredietverlener had in het kader van een financieringsovereenkomst eersterangs pandrechten bedongen, maar moest bij de uitwinning achter de bank plaatsnemen omdat laatstgenoemde rechthebbende bleek te zijn van pandrechten die volgens het prioriteitsbeginsel boven die van de kredietverlener waren gerangschikt. De bestuurder die bij de totstandkoming van de financieringsovereenkomst betrokken was geweest, had volgens de Hoge Raad niet onrechtmatig gehandeld omdat niet voldaan werd aan de *Beklame!*-norm.^[3] De vennootschappen ondervonden ten tijde van het litigieuze handelen geen noemenswaardige financiële obstakels en daardoor werd het tweede onderdeel uit de *Beklame!*-norm, namelijk dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de derde geen verhaal kon vinden voor zijn schade, niet vervuld. De wederpartij, die meende eersterangs pandrechten te hebben, viste zowel bij de (inmiddels failliete) vennootschappen als bij de bestuurder achter het net. De vraag dringt zich op hoe het oordeel van de Hoge Raad zich verhoudt met de constatering dat de gedragingen van de bestuurder mogelijk onder het toepassingsbereik van art. 326 Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) vallen (par. 3). Voert de (onwenselijkheid van) incongruentie tussen het strafrecht en het civiel recht in deze tot de conclusie dat in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht behoefte bestaat aan identificatie van een nieuwe norm die dergelijk gedrag reguleert (par. 4)? En hoe zou die norm kunnen luiden (par. 5)? Het zijn deze vragen die centraal staan in deze bijdrage. Allereerst volgt een bespreking van het arrest alsmede de beslissing van de Hoge Raad (par. 2), waarna achtereenvolgens wordt ingegaan op de opgeworpen vragen.

2. RCI Financial Services/Kastrop

2.1 De feiten

Het ging in deze zaak om vennootschappen die handelden in de koop en wederverkoop van auto's van de merken Renault en Nissan. De activiteiten waren opgehangen aan twee moedervenootschappen die bestuurders waren van de Renaultvestigingen respectievelijk de Nissanvestigingen (hierna: de vennootschappen). De aansprakelijk gestelde

bestuurder was samen met zijn echtgenote bestuurder van de moedervenootschappen. Namens de vennootschappen sloot de bestuurder op enig moment een kredietovereenkomst met RCI die als onderdeel van de Renault S.A.S. Group de financiering verzorgde van de wederverkoop van Renault- en Nissanvoertuigen. Ter zekerheid van de nakoming van die overeenkomst werden ten behoeve van RCI eersterangs pandrechten bedongen op alle vorderingen van de vennootschappen en op alle door RCI gefinancierde zaken. In de overeenkomst verklaarden de vennootschappen dat op de bewuste goederen niet reeds andere (eersterangs) pandrechten rustten. Dit bleek niet met de werkelijkheid overeen te komen, want de bank legde na beëindiging van de kredietrelatie met de vennootschappen pandbeslag op mede door RCI gefinancierde voertuigen en liet zich vervolgens voldoen uit de opbrengst van de executieverkoop van de verpande auto's. Op grond van de kredietrelatie tussen de bank en de vennootschappen bleek eerstgenoemde reeds rechthebbende van eerste pandrechten te zijn. Korte tijd later werden de vennootschappen in staat van faillissement verklaard en bleef RCI met een forse restschuld achter. Zij sprak hierop de handelende bestuurder aan uit onrechtmatige daad.

2.2 Het hof en het oordeel van de Hoge Raad

In hoger beroep werd vastgesteld dat de bestuurder ten tijde van het sluiten van de kredietovereenkomst met RCI wist althans behoorde te weten dat ten behoeve van RCI geen eersterangs pandrechten op de bewuste zaken konden worden gevestigd omdat de bank inmiddels eerste pandrechten had op die zaken. Het hof overweegt:

“(…) De inhoud van de pandakten bepaalt daarmee de omvang van de verpandingsplicht. De pandakten zijn op dit punt helder verwoord en geven mede door hun beperkte omvang geen aanleiding te menen dat [verweerder] (de bestuurder, AK) de daarin besloten verpandingsplicht niet heeft begrepen of gekend.” ^[4]

Uit het oordeel van het hof valt af te leiden dat het wat betreft de wetenschap van de bestuurder de conclusie trekt dat de bestuurder gezien de helderheid van de pandakte en de beperkte omvang ervan wel *moet hebben begrepen* dat de verpandingsplicht ten behoeve van RCI zich ook over goederen uitstreckte die reeds eerder aan de bank waren verpand. Dit is een sterkere gradatie van wetenschap dan het geobjectiveerde ‘behoren te weten’, hetgeen van belang kan zijn voor de hieronder te verrichten beoordeling van de strafrechtelijke geoorloofdheid van bestuurders handelen. Hoewel in het incidentele middel werd geklaagd over de begrijpelijkheid van dit oordeel kwam de Hoge Raad hier niet aan toe omdat het principale cassatiemiddel werd verworpen.

In het principale cassatieberoep werd opgekomen tegen het oordeel van het hof dat het handelen van de bestuurder niet tot aansprakelijkheid kon leiden omdat ten tijde van het litigieuze handelen niet voorzienbaar was dat RCI daardoor schade zou lijden. Het hof had daarbij verwezen naar de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestaande vermogenstoestand van de vennootschappen, die geenszins voorzienbaar deplorabel was. Het cassatiemiddel voerde hiertegen aan dat het misleiden van RCI omtrent diens zekerheidspositie ‘een voldoende persoonlijk ernstig verwijt’ opleverde, waarbij de voorzienbare schade eruit bestond dat RCI een beduidend slechtere zekerheidspositie verkreeg. De Hoge Raad accordeerde echter het oordeel van het hof onder verwijzing naar de *Beklamel*-norm.

Volgens het rechtscollege komt het *Beklamel*-criterium in de kern neer op de vraag of de bestuurder bij het aangaan van de verbintenis wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou lijden. In rechtsoverweging 4.4 komt naar voren dat de Hoge Raad onvoldoende voor aansprakelijkheid acht het verwijt dat de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te weten dat de verbintenis die hij namens de vennootschap aanging, niet kon worden nagekomen. De Hoge Raad overweegt:

“Het verwijt dat in het onderhavige geval aan de bestuurder wordt gemaakt is dat hij namens de vennootschappen een verplichting is aangegaan – de verplichting tot het verstrekken van een eerste pandrecht aan RCI op de door deze gefinancierde auto's –, waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschappen deze niet zouden kunnen nakomen. Anders dan het middel aanvoert, leidt ook een zodanig verwijt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder indien deze wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeisers als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden.” ^[5]

Welke implicatie zit mogelijkerwijs verscholen in deze rechtsoverweging?

2.2.1 Mogelijke implicatie van rechtsoverweging 4.4

In de aanloop naar het oordeel dat de bestuurder niet onrechtmatig heeft gehandeld, geeft de Hoge Raad, zoals hiervoor vermeld, aan dat het ‘*weten* of behoren te weten dat (cursivering AK)’ de aangegane verplichting van de vennootschap niet kan worden nagekomen, onvoldoende is voor aansprakelijkheid van de bestuurder. In cassatie was niet vast komen te staan dat de bestuurder de informatie aangaande de bestaande pandrechten van de bank willens en wetens had verzwegen. De overweging van het hof dat de bestuurder moet hebben geweten dat RCI tweederangs pandrechten verkreeg, werd in twijfel getrokken in het incidentele cassatiemiddel. A-G Spier was van oordeel dat gezien de door de bestuurder ter staving hiervan aangevoerde omstandigheden, de overweging van het hof onbegrijpelijk was. Als gezegd kwam de Hoge Raad niet toe aan het incidentele middel en bleef deze – overigens feitelijke – vraag in het midden. In de

bewuste rechtsoverweging is echter te lezen dat het verwijt dat de bestuurder 'wist of behoorde te weten' dat de aangegane verplichtingen niet zouden worden nagekomen, op zichzelf geen aansprakelijkheid kan schragen. Welke betekenis komt toe aan deze overweging? Kan hieruit worden afgeleid dat het oordeel omtrent de onrechtmatigheid van bestuurders handelen onveranderd zou blijven zelfs indien was vastgesteld dat de bestuurder zich ten volle bewust was van de bestaande eersterangs pandrechten van de bank en deze informatie welbewust achterhield voor RCI?

Tegen deze gevolgtrekking pleit dat de overweging in het licht van het *Beklamel*-kader wordt gegeven waardoor de vraag rijst of zij ook geïsoleerd – los van dat kader – mag worden beschouwd. De voorzienbaarheid van de (verhaal)schade is immers onderdeel van de *Beklamel*-norm. Anderzijds werd de bestuurder in deze procedure, zoals hieronder zal blijken, niet alleen schending van de *Beklamel*-norm verweten maar werd hij ook aangesproken wegens het misleiden van de financier omtrent diens zekerheidspositie. De Hoge Raad komt in rechtsoverweging 4.4 echter niet nadrukkelijk terug op deze in het cassatiemiddel afzonderlijk naar voren gebrachte grondslag. De verklaring kan tweërlei zijn: ofwel de Hoge Raad acht die grondslag besloten in de beoordeling van de *Beklamel*-criteria ofwel de Raad vindt dat de voorzienbare onverhaalbaarheid van de schadevergoedingsvordering ook hier als vereiste geldt. In beide gevallen staat de financiële toestand van de onderneming ten tijde van het handelen van de bestuurder voorop. Dit biedt steun voor de gedachte dat de beoordeling van de aansprakelijkheid niet anders was uitgevallen indien subjectieve wetenschap van de bestuurder omtrent de rang van de verstrekte pandrechten wel was komen vast te staan. Ook in dit geval zou, naar valt aan te nemen, de aansprakelijkheidsvordering stranden op de ten tijde van het litigieuze handelen bestaande (niet zorgelijke) financiële toestand van de vennootschappen.

2.3 'Het misleiden van de financier omtrent diens zekerheidspositie'

Volgens het cassatiemiddel berustte de vordering van RCI op drie gronden.^[6] De eerste twee grondslagen betroffen de uitwerking van de *Beklamel*-norm: de bestuurder wist of behoorde redelijkerwijze te weten dat de verplichting tot het verstrekken van eerste pandrechten niet zou worden nagekomen terwijl de vertegenwoordigde vennootschappen geen verhaal zouden bieden indien RCI de pandrechten tevergeefs zou inroepen. De derde grondslag nam als uitgangspunt het vertrouwen dat de bestuurder in de (eventueel geobjectiveerde) wetenschap van bestaande eersterangs pandrechten had gewekt omtrent de zekerheidspositie van de vennootschappen. Dit terwijl hij wist of behoorde te weten dat de financiering niet zou zijn verstrekt indien die zekerheidspositie ontbrak, aldus het cassatiemiddel.

Als gezegd gaat de Hoge Raad bij de behandeling van het cassatieberoep niet uitdrukkelijk in op de laatstgenoemde grondslag. Rechtsoverweging 4.4, waarin de aansprakelijkheid van de bestuurder wordt verworpen, lijkt geheel in de sleutel van *Beklamel* te worden gezet. En aangezien *Beklamel* vereist dat de schade die de wederpartij ten gevolge van de niet-nakoming van de aangegane verplichting leed, voorzienbaar was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, volgt het daaruit logischerwijs voortvloeiende oordeel dat de bestuurder in dit specifieke geval de *Beklamel*-norm niet heeft geschonden. En daarmee is de kous af in het arrest. De bestuurder is niet aansprakelijk uit onrechtmatige daad voor de schade die RCI heeft geleden.

2.4 Ontvanger/X en andere normen

Is de hiervoor weergegeven conclusie van de Hoge Raad echter wel zo dwingend? Gesteld dat de bestuurder de *Beklamel*-norm niet heeft geschonden, volgt daaruit onvermijdelijk dat de bestuurder niet een andere (wettelijke dan wel zorgvuldigheids)norm kan hebben overtreden? Het antwoord daarop luidt vanzelfsprekend ontkennend. De *Beklamel*-norm is slechts één norm die het handelen van de bestuurder onder bepaalde omstandigheden onrechtmatig maakt. Dat geldt ook voor de tweede categorie uit *Ontvanger/Roelofsen*, waarin het bewerkstelligen of toelaten dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt centraal staat.^[7] Onzorgvuldig (onrechtmatig) handelen is niet hiertoe beperkt. Zoals A-G Timmerman recentelijk schreef: Dit arrest [*Ontvanger/Roelofsen*, AK] is geen keurslijf waarin alle gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gepast dienen te worden. (...) Vraag is telkens of de bestuurder van zijn optreden als bestuurder, persoonlijk een dusdanig zwaar verwijt kan worden gemaakt dat gezegd kan worden dat de bestuurder gehandeld heeft in strijd met een bepaalde op hem persoonlijk betrekking hebbende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 BW.^[8] Anders gezegd, aan het in *Ontvanger/Roelofsen* uitgewerkte kader komt geen monopolie toe als het gaat om de beoordeling van de rechtmatigheid van bestuurlijk handelen.

In de onderhavige uitspraak vond de gehele beoordeling echter plaats binnen het kader van de *Beklamel*-norm. Dit hoewel toepassing daarvan niet voor de hand lag omdat die norm de slechte financiële toestand van de vennootschap ten tijde van het bewuste handelen min of meer vooronderstelt. En in deze zaak stond juist vast dat niet voldaan was aan die premisse. Het ging hier om gedragingen die buiten het vooruitzicht van het faillissement hadden plaatsgevonden. De fixatie op *Beklamel* belette vervolgens dat het handelen van de bestuurder ook tegen een ander licht werd gehouden nadat terecht was vastgesteld dat de *Beklamel*-norm niet was geschonden.

Dat het handelen van de bestuurder in de onderhavige zaak geen schending van de *Beklamel*-norm opleverde, wil dus nog niet zeggen dat de bestuurder zich niet anderszins schuldig maakte aan onrechtmatig gedrag. Temeer, nu gesteld kan worden dat het handelen van de bestuurder, of beter gezegd het nalaten van de bestuurder om melding te doen van de bestaande pandrechten van de bank, het toepassingsbereik van het strafrechtelijke delict van oplichting nadert.

3. Oplichting in de zin van art. 326 Sr

3.1 Bestanddelen oplichting

Oplichting is strafbaar gesteld in art. 326 van het Wetboek van Strafrecht dat luidt als volgt:

“Hij die, met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen, hetzij door het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, hetzij door listige kunstgrepen, hetzij door een samenweefsel van verdichtsels, iemand beweegt tot de afgifte van enig goed, het aangaan van een schuld of tot het teniet doen van een inschuld, wordt, als schuldig aan oplichting (...).”

Uit de bepaling kunnen vier bestanddelen worden afgeleid die constitutief zijn voor het delict oplichting. In de eerste plaats dient iemand bewogen te zijn tot het verrichten van een in de delictsomschrijving genoemde handeling. Een van de categorieën handelingen betreft het aangaan van een schuld. Onder aangaan van een schuld wordt verstaan het op zich nemen van een verbintenis in vermogensrechtelijke zin.^[9] In de tweede plaats moet de persoon die de schuld aangaat daartoe zijn bewogen met gebruikmaking van bepaalde limitatief opgesomde middelen. Die middelen bestaan uit het aannemen van een valse naam, het aannemen van een valse hoedanigheid, het aanwenden van listige kunstgrepen of een samenweefsel van verdichtsels. Voor het causaal verband tussen de gedraging waartoe is bewogen en de aangewende middelen ('bewegen tot') is voldoende dat zonder de aanwending van het bewuste middel de gedraging niet zou hebben plaatsgevonden. Tot slot is vereist dat de strafbaar gestelde gedraging is verricht met het oogmerk om zichzelf of een ander wederrechtelijk te bevoordelen. Oogmerk is een vorm van opzet, waaronder niet het zogenoemde voorwaardelijk opzet valt, maar waarvoor het zogeheten noodzakelijkheidsbewustzijn wel volstaat.^[10] Voor de bewezenverklaring van het noodzakelijkheidsbewustzijn is vereist dat de dader beseftte dat zijn handelen een noodzakelijk en dus door hem gewild gevolg meebracht.^[11] Er is bovendien niet alleen sprake van oogmerk indien de dader de uitsluitende bedoeling had zichzelf of een ander te bevoordelen, maar ook indien de dader dit tot zijn naaste doel had gesteld.^[12] De vraag nu is in hoeverre de gedragingen van de bestuurder in de onderhavige zaak beantwoorden aan de bestanddelen van oplichting in de zin van art. 326 Sr.

3.2 Toepassing in onderhavige zaak

Vaststaat dat RCI een schuld aanging in de wetenschap dat zij eersterangs pandrechten zou verkrijgen op bepaalde goederen van de vennootschappen. De schuld bestond uit de verplichting tot financiering. Kan gesteld worden dat zij hiertoe bewogen werd door de bestuurder die daarbij gebruikmaakte van een of meer van de genoemde oplichtingsmiddelen? De middelen van het aannemen van een valse naam of hoedanigheid vallen af omdat niet blijkt dat de bestuurder tijdens de onderhandelingen zichzelf of de vennootschappen een andere identiteit heeft aangemeten.^[13] Bij listige kunstgrepen dient het te gaan om bedrieglijke handelingen die een onjuiste voorstelling van zaken veroorzaken of aan het bestaan ervan kracht bijzetten. Er moet dan wel meer aan de hand zijn dan een leugenachtige mededeling of opzettelijke verzwijging.^[14] Maar een opzettelijke onwaarheid, een mededeling waarvan de dader de onjuistheid kende of een opzettelijke verzwijging daar waar de dader begreep dat gesproken moest worden kan wel een samenweefsel van verdichtsels als oplichtingsmiddel opleveren.^[15] Dit oplichtingsmiddel wordt gekarakteriseerd als bedrog dat door enkel leugens tot stand wordt gebracht.^[16]

In casu had het hof vastgesteld dat gezien de helderheid van de pandakte en haar beperkte omvang de bestuurder wel moet hebben begrepen dat de verpandingsplicht zich uitstrekte over goederen waar reeds een pandrecht op rustte van de bank. De kwalificatie van het hof van de aanwezige wetenschap bij de bestuurder komt dicht in de buurt van het strafrechtelijke opzetbegrip. De redenering van het hof luidt namelijk dat gezien de feiten en de omstandigheden het niet anders kan dan dat de bestuurder begrepen heeft dat de bedongen pandrechten betrekking hadden op goederen ten aanzien waarvan reeds andere pandrechten bestonden. Indien de bestuurder met deze wetenschap toch verzuimt te spreken dan kan dat een opzettelijke verzwijging opleveren.

Bij de beoordeling van de vraag of een handelen een samenweefsel van verdichtsel(s) in de zin van art. 326 Sr constitueert, zijn van belang omstandigheden als de vertrouwenwekkende aard, het aantal en de indringendheid van de (gedeeltelijk of geheel) onjuiste mededelingen (en verzwijgingen) in hun onderlinge samenhang beschouwd.^[17] In het huidige financieringsverkeer zal het verlenen van financiering zonder het bedingen van (dekkende) zekerheden twijfels doen rijzen over het financieel-economische inzicht van de financier. Het verzwijgen van de werkelijke zekerhedenpositie van de financier raakt dan ook aan het wezen van de rechtsverhouding (tussen evenwel de vennootschap en de wederpartij) die bestaat uit het verstrekken van financiering. De bestuurder had in de onderhavige zaak namens de vennootschap de overeenkomst ondertekend waarin het beding was opgenomen dat de vennootschappen bevoegd waren tot verpanding van de bewuste zaken én dat daarop geen beperkte rechten van derden rustten.^[18] Nu waren het de vennootschappen die (juridisch-technisch) deze verklaring aflegden, maar dit gegeven is mijns inziens uit strafrechtelijk oogpunt ook van belang

voor de positie van de bestuurder aangezien het feitelijk hij is die het beding in de overeenkomst voor waar bestempelt door dit te ondertekenen.^[19] De schriftelijke verklaring is een relevant gegeven omdat het indicatief kan zijn voor het oordeel dat zich een samenweefsel van verdichtsels voordeed indien de verzwijging (van de werkelijke stand van zaken) daarmee kracht wordt bijgezet. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat aan een op schrift gestelde mededeling in het maatschappelijk verkeer over het algemeen meer vertrouwen mag worden ontleend dan aan een mondelinge mededeling. Illustratief is een uitspraak uit 2003 waarin de Hoge Raad had geoordeeld dat de bestuurder schuldig was aan oplichting met gebruikmaking van het middel van samenweefsel van verdichtsels omdat hij afspraken had gemaakt namens zijn bedrijf en daarbij had verzwegen dat hij noch zijn bedrijf de intentie had om die afspraak na te komen noch daartoe in staat was.^[20] Het ging in deze zaak om iemand die investeerders had overgehaald grote bedragen uit te lenen onder de toezegging dat terugbetaald zou worden tegen een jaarlijkse rente van 18%. Dat door de dader in het kader van deze overeenkomsten zogenoemde 'promissory notes' waren afgegeven ter versterking van de onjuiste voorstelling van zaken, lijkt de Hoge Raad van belang te hebben geacht voor de beoordeling van de vraag of kon worden gesproken van het oplichtingsmiddel samenweefsel van verdichtsels.

Interessant is dat ook de wetgever een verband met oplichting legde bij het belang van een juiste voorstelling van zaken met betrekking tot te vestigen zekerheidsrechten. In de parlementaire geschiedenis werd de verplichting van de pandgever in art. 3:237 lid 2 BW om in de pandakte te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is alsmede dat op het goed geen beperkte goederen rusten, onder andere van belang geacht in verband met art. 326 Sr.^[21]

3.2.1 RCI: de professionele financier

Het voorgaande verdient in een niet onbelangrijk opzicht nuancering. Bij de beantwoording van de vraag of in een bepaald geval gesproken kan worden van een samenweefsel van verdichtsels komt ook betekenis toe aan de mate waarin de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid de betrokken derde aanleiding had moeten geven de onjuistheid of onvolledigheid van de informatie te onderkennen of zich niet daardoor te laten bedriegen.^[22] Er dient met andere woorden ook rekening te worden gehouden met de persoon van de derde (i.c. wederpartij van de vennootschappen). In de voorliggende zaak betrof het een professionele financier waarvan verwacht mag worden dat hij de nodige behoedzaamheid betracht met het oog op de waarborging van de eigen belangen. De professionaliteit van de derde kan immers nopen tot het oordeel dat deze zich een onjuiste voorstelling van zaken niet te gemakkelijk mag laten aanleunen.^[23] De vraag is of RCI, niettegenstaande de verklaring in de overeenkomst van de vennootschappen en het stilzwijgen van de bestuurder aangaande de pandrechten gelet op haar deskundige hoedanigheid niet tot financiering had moeten overgaan voordat absolute zekerheid was verkregen over haar zekerhedenpositie. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden en wel om de reden dat ofschoon de bedongen zekerheidsrechten voor de positie van de financier de kern vormen van de financieringsovereenkomst, dit niet betekent dat van haar gevergd mag worden steeds tot het uiterste te gaan ter veiligstelling van die positie. De mate van deskundigheid van RCI doet er, naar ik meen, niet aan af dat een financier in zijn algemeenheid mag afgaan op door de bestuurder (juridisch-technisch namens de vennootschappen) verstrekte informatie omtrent de status van de zekerheidsrechten. Zij mag er gezien de aard van de overeenkomst en de in het maatschappelijk- en handelsverkeer vereiste omzichtigheid aldus op vertrouwen dat wat niet is gezegd over die rechten ook niet bestaat.

3.3 Toepassing, vervolg

Om van oplichting in de zin van art. 326 Sr te kunnen spreken, dient er tot slot een causaal verband te bestaan tussen het aangewende oplichtingsmiddel en de gedraging, en is noodzakelijk dat het oogmerk van de dader gericht was op de wederrechtelijke bevoordeling van zichzelf of een ander.

Gesteld kan worden dat indien de bestuurder open kaart had gespeeld in de onderhandelingen met RCI, laatstgenoemde niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden, zou hebben ingestemd met de financiering. Hiervoor werd aangegeven dat in het huidige financieringsverkeer zekerheden een onmisbare functie vervullen bij de beslissing tot financiering. Of de bestuurder ook het oogmerk had op de wederrechtelijke bevoordeling van de vennootschappen blijkt niet direct uit de door het hof vastgestelde feiten. Denkelijk kan hierbij worden aangeknoopt bij de overweging dat de bestuurder moet hebben geweten van de bestaande pandrechten op de bewuste auto's. Als de bestuurder met deze wetenschap toch verzuimt te spreken, dan zou hieruit kunnen worden afgeleid dat hij wel moet hebben beseft dat de bevoordeling van de vennootschappen door zijn nalaten noodzakelijk was en dus dat hij – door desondanks niet te spreken – die bevoordeling ook gewild heeft.^[24] Voor de helderheid zij nog vermeld dat de bevoordeling van de vennootschappen eruit bestaat dat zij zich konden verheugen in een financiering die hun hoogstwaarschijnlijk niet te beurt was gevallen indien de bestuurder wel melding had gedaan van de bestaande zekerheden van de bank.

4. Strafbaar doch niet onzorgvuldig?

In de hier behandelde zaak stond in cassatie als gezegd niet vast dat de bestuurder de cruciale informatie opzettelijk had

^[25]

achtergehouden. Voor de redenering van de Hoge Raad was dat denkbaar ook niet van belang,^[25] want de geoorlooftheid van het handelen van de bestuurder werd enkel en alleen langs de meetlat van *Beklamel* gelegd. En voor schending van de *Beklamel*-norm is nu eenmaal vereist dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de wederpartij als gevolg van zijn handelen schade zou lijden.^[26] Hoort echter handelen dat strafbaar kwalificeert en strafwaardig is, niet uit de aard der zaak ook maatschappelijk onzorgvuldig te zijn? Nu levert strafbaar handelen volgens de systematiek van art. 6:162 BW altijd een onrechtmatigheid op, omdat gehandeld is in strijd met een wettelijke plicht, maar ik meen dat ook afgezien daarvan hierbij de maatschappelijke zorgvuldigheid in het geding is.

Indien zou vaststaan dat de bestuurder zich ten volle bewust was van de zekerheidspositie die RCI zou verkrijgen door de bestaande pandrechten van de bank en RCI daar niet op attendeerde, maar de onjuiste voorstelling van zaken juist versterkte door een corresponderende verklaring in de overeenkomst namens de vennootschappen te ondertekenen, dan is niet onaannemelijk dat de bestuurder zich schuldig zou maken aan oplichting in de zin van art. 326 Sr.^[27] Het oordeel dat de bestuurder in dit geval niet onzorgvuldig zou handelen wegens het ontbreken van de voorzienbaarheid van de schade bestaande uit het onverhaald blijven van de vordering tot terugbetaling van de geldlening, zou leiden tot een incongruentie. Een incongruentie die onwenselijk is omdat de norm die het handelen strafbaar en strafwaardig maakt ook de onzorgvuldigheid in zich bergt. Bedacht dient hier te worden dat uit de constatering van de Hoge Raad dat ten tijde van het sluiten van de financieringsovereenkomst niet voorzienbaar was dat de daaruit voortvloeiende vorderingen van RCI onverhaalbaar zouden blijken, niet volgt dat alle schade onvoorzienbaar was. De door de Raad genoemde schade was gezien de niet zorgwekkende toestand van de vennootschappen inderdaad niet voorzienbaar, maar de wederpartij (van de vennootschappen) blootstellen aan een aanmerkelijk groter risico dan waar deze op bedacht hoefde te zijn, is ook schade.^[28] De schade bestaat hier uit het ontnemen van de mogelijkheid aan de financier om ter veiligstelling van haar positie bijvoorbeeld gunstiger contractvoorwaarden, zoals een hogere rente, te bedingen. En deze schade is bij aanwezige wetenschap over de onjuiste voorstelling van zaken bij de wederpartij wel voorzienbaar.

Gedragingen van de bestuurder die als oplichting in de zin van art. 326 Sr kwalificeren, zullen derhalve ook tot schending van de vereiste maatschappelijke zorgvuldigheid leiden. Die onzorgvuldigheid kan echter niet zonder meer volgen door toepassing van het kader uit *Ontvanger/Roelofsen*. Dat kader ziet namelijk op situaties waarin door het schenden van de *Beklamel*-norm of door het bewerkstelligen van wanprestatie (van de vennootschap) de schuldeiser met een onverhaalbare vordering achterblijft. Een verzwijging daar waar gesproken had moeten worden en het doen van onjuiste mededelingen kunnen moeilijk zonder enige vorm van gekunsteld redeneren in een van die categorieën worden gepast.^[29] Dat hoeft ook niet, omdat die gedragingen (handelen en nalaten) in zichzelf ook in strijd kunnen zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid die de bestuurder jegens de betrokken derde in acht moet nemen.

Illustratief hierbij is het arrest *X/Eurocommerce* van de Hoge Raad.^[30] Hierin werd geoordeeld dat zowel Kloosterbrink als haar bestuurder aansprakelijk waren jegens Eurocommerce omdat door het verzwijgen van informatie over de financieringsvoorwaarden Eurocommerce in een rechtsverhouding stapte waarvan de risico's significant groter waren dan zij besepte en had kunnen beseffen. De vennootschap (i.e. Kloosterbrink) en haar bestuurder werd dus in feite verweten hun mededelingsplicht te hebben geschonden. De beoordeling geschiedde ook in deze uitspraak langs de band van *Beklamel*. De – in *RCI Financial Services/Kastrop* met zoveel woorden geformuleerde – eis van de voorzienbaarheid van de schade van de wederpartij (Eurocommerce) leverde hier geen problemen op omdat werd overwogen dat de financiële situatie van Kloosterbrink ten tijde van het litigieuze handelen reden tot zorg had moeten zijn voor de bestuurder.^[31] De aansprakelijkheidsvraag in *RCI Financial Services/Kastrop* stuitte zoals bekend wel op het ontbreken van de voorzienbaarheid van de schade. Hier leek de *idee-fixe* van *Ontvanger/Roelofsen* en de omstandigheid dat de beoordeling in *X/Eurocommerce* ondanks de anderszins suggererende feitenconstellatie in de sleutel van *Beklamel* werd geplaatst in de weg te staan aan het vaststellen van onrechtmatig gedrag.

Ik merkte hiervoor reeds op dat in het toetsingskader van *Beklamel* de premisse ligt besloten dat de financiële situatie van de vennootschap (die de bestuurder vertegenwoordigt) op zijn minst zorgwekkend is. Als die premisse niet aanwezig is, dan dient dat kader strikt gezien buiten toepassing te blijven. Dit brengt echter niet *ipso jure* mee dat niet (anderszins) onrechtmatig is gehandeld. Maar ook afgezien hiervan komt de aard van het ongeoorloofde gedrag beter tot uitdrukking indien de oorsprong van de zorgvuldigheidsnorm die door de bestuurder in dit verband in acht moet worden genomen niet wordt gezocht in *Ontvanger/Roelofsen*, maar in het onrechtmatig schenden van de mededelingsplicht.

5. Mededelingsplicht voor de bestuurder

Indien de gedragingen van de bestuurder aangemerkt kunnen worden als oplichting in de zin van art. 326 Sr, dan komt het mij onjuist voor te stellen dat de bestuurder niet onzorgvuldig heeft gehandeld omdat ten tijde van de onjuiste voorstelling van zaken de financiële situatie van de vennootschap niet zorgwekkend was. Een bestuurder die willens en wetens een onjuiste voorstelling van zaken creëert en in stand houdt voor de wederpartij van de vennootschap met het oogmerk om zichzelf of de vennootschap te bevoordelen, handelt onrechtmatig jegens die wederpartij.^[32] Bij de beoordeling dient acht te worden geslagen op omstandigheden als het aantal, de vertrouwenwekkende aard en de indringendheid van de onjuiste mededeling en/of verzwijging, de deskundigheid van partijen en voorts de vraag of de onjuiste voorstelling van zaken is

versterkt door bijkomende omstandigheden als een (niet met de werkelijkheid overeenstemmende) schriftelijke verklaring (al dan niet in vertegenwoordigende hoedanigheid afgegeven). Zowel de rechtspersoon als de bestuurder pleegt dan het delict van oplichting, de bestuurder kan naar strafrechtelijke maatstaven ook worden aangesproken als feitelijke leidinggever aan oplichting door de rechtspersoon.^[33]

Mededelingsplichten van bestuurders zijn al eerder in de rechtspraak, zij het vermomd, aan de orde geweest. Het behandelde arrest *X/Eurocommerce* is een voorbeeld. En ook in het oude arrest *Kretzschmar/Mendes de Leon* heette het dat 'een bestuurder, die tegen beter weten in, althans beter moettende weten, een geheel scheeve voorstelling geeft van den staat van zaken in de door hem bestuurder N.V.'onrechtmatig handelde'.^[34] Maar ook in het veelbesproken *Van de Riet/Hoffmann* ging het in wezen om mededelingsplichten die de desbetreffende bestuurder had verzuimd.

De discussie die in de literatuur ontstond naar aanleiding van het *Van de Riet/Hoffmann*-arrest stond vooral in het teken van de dichotomie die de Hoge Raad daarin creëerde tussen normen die op de bestuurder persoonlijk rusten en normen die voor hem gelden uit hoofde van zijn rol bij de normschending van de vennootschap.^[35] Als het vizier echter wordt gericht op de norm die de bestuurder Van de Riet in het arrest concreet werd verweten te hebben geschonden, dan wordt duidelijk dat het ook hier op de keper beschouwd om (geschonden) mededelingsplichten ging. Van de Riet werd, kort gezegd, verweten Hoffmann c.s. (de kopers van de villa) niet op de hoogte te hebben gesteld van het feit dat de villa illegaal was gebouwd en dat er een risico op sloop bestond.^[36] Het hof had geoordeeld dat Van de Riet 'in de door [hem] gepresenteerde hoedanigheid als deskundig bemiddelaar' zich de belangen van de kopers had moeten aantrekken door zich goed op de hoogte te stellen van de geldende voorschriften ter plaatse en door de kopers ter zake juist en volledig te informeren of te waarschuwen.^[37] Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten.^[38] Goedbeschouwd werd de bestuurder hier aangerekend informatie te hebben verzwegen, althans zich onvoldoende op de hoogte te hebben gesteld van een juiste voorstelling van zaken, omtrent een voor de kopers essentieel bestanddeel met betrekking tot de koop van de villa. De deskundigheid waarop Van de Riet zich had laten voorstaan en de vertrouwensrelatie die tussen hem en de kopers was ontstaan in de aanloop naar de koop, lijken bij dat oordeel terecht belangrijke omstandigheden te zijn geweest.

6. Conclusie

De Hoge Raad nam in het arrest *RCI Financial Services/Kastrop* geen onrechtmatige daad aan van de bestuurder die namens de vennootschappen betrokken was bij de financieringsovereenkomst waarin eersterangs pandrechten werden bedongen ten behoeve van RCI, terwijl de bank reeds eerste pandrechten had op de bewuste zaken. In de overwegingen van het rechtscollege is te lezen dat het handelen van de bestuurder enkel werd getoetst aan de *Beklamel*-norm, die eruit bestaat dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschappen de aangegane verplichting niet zouden kunnen nakomen én geen verhaal zouden bieden voor de daardoor te ontstane schade. De aansprakelijkheid stuitte in de onderhavige zaak op het tweede onderdeel, aangezien de vennootschappen ten tijde van het sluiten van de financieringsovereenkomst geen financiële problemen ondervonden. Gesteld is dat het handelen van de bestuurder niet zijn begrenzing vindt in het normenkader uit *Ontvanger/Roelofsen*. Aan de hand van het delict van oplichting in de zin van art. 326 Sr is vervolgens aanschouwelijk gemaakt dat een bestuurder onder omstandigheden onrechtmatig kan handelen jegens een schuldeiser indien hij bij de totstandkoming van een overeenkomst essentiële informatie achterhoudt zonder dat als aanvullende eis geldt dat hij op het moment van het aangaan van de overeenkomst reeds moet hebben geweten dat de vennootschap geen verhaal zou bieden voor de daardoor te ontstane schade. Indien de bestuurder ter bevoordeling van zichzelf of de vennootschap willens en wetens informatie achterhoudt voor de wederpartij (van de vennootschap) in het volle besef dat deze voor die wederpartij van wezenlijk belang is, dan zal dit afhankelijk van de vertrouwenwekkende en indringende aard van de onjuiste voorstelling oplichting in de zin van art. 326 Sr opleveren. Dit vormt tevens een onrechtmatige daad jegens de desbetreffende schuldeiser. Voor gevallen waarin de bestuurder een verkeerde voorstelling van zaken schetst of in stand houdt door informatie te verzwijgen, kan de geldende norm aldus de gedaante aannemen van mededelingsplichten.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: A. Karapetian 'RCI Financial Services/Kastrop en mededelingsplichten van de bestuurder: hoe het strafrecht ons een handje helpt', *Tv* 2015/51. Mw. mr. A. Karapetian is promovendus en docent aan de Rijksuniversiteit Groningen.

[2]

HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22 (*RCI Financial Services/Kastrop*), m.nt. Van Schilfgaarde.

[3]

Zoals bekend werd de *Beklamel*-norm omarmd in HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286.

[4]

Zie r.o. 3.3 in het arrest van de Hoge Raad waarin de overwegingen van het hof worden weergegeven.

[5]

Zie r.o. 4.4. uit het arrest van de Hoge Raad.

[6]

Zie 4.1 in de conclusie van de A-G.

[7]

HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659.

[8]

Zie 3.7 uit de conclusie van de A-G voor HR 27 februari 2015, *NJB* 2015/505.

[9]

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1891, p. 532 en p. 534.

[10]

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer, J. Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer, aant. 6 bij art. 326 Sr.

[11]

HR 21 april 1998, *NJ* 1998/324, m.nt. Enschedé.

[12]

J. de Hullu, *Materieel strafrecht – over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 244.

[13]

Hoewel er gevallen bekend zijn in de (lagere) rechtspraak waarin het pretenderen een kredietwaardige contractspartij te zijn (in de context van internetoplichting) onder het oplichtingsmiddel 'het aannemen van een valse hoedanigheid' werd gebracht (Rb. Noord-Holland 2 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:11557, *NJFS* 2014/86, Rb. Breda 1 april 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BC8213 en Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4093) is de algemene lijn in de rechtspraak dat het zich enkel voordoen als een betrouwbare contractspartij hiertoe onvoldoende is. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, zoals het gebruiken van een gefingeerde naam en/of andere gegevens. Zie HR november 2014, *NJ* 2014/518.

[14]

Zie echter HR 12 maart 1946, *NJ* 1956/208 voor een geval waarin een op schrift stelde onjuiste opgave werd aangemerkt als een listige kunstgreep.

[15]

Zie Hof 's-Hertogenbosch 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX3834.

[16]

Noyon/Langemeijer/Rummelink, aant. 11 bij art. 326 Sr.

[17]

HR 13 november 2012, *NJ* 2012/661 en HR 15 oktober 2013, *NJ* 2014/13 en de conclusie van A-G Knigge voor laatstgenoemd arrest.

[18]

Zie 5.1.5 bij de omschrijving van de overeenkomst in de uitspraak van de Hoge Raad.

[19]

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat A-G Spier in zijn conclusie voor dit arrest vraagtekens plaatste bij de door het hof vastgestelde aanwezigheid van wetenschap bij de bestuurder. Indien de desbetreffende verklaring verstopt zat in een stapel documentatie, die de bestuurder weliswaar *behoorde* te lezen, maar gelet op het automatisme waarmee gelijkaardige documentatie in de praktijk pleegt te worden ondertekend vermoedelijk niet heeft gelezen, dan zou volgens hem terughoudendheid moeten worden betracht bij het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid. Het moge duidelijk zijn dat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid in elk geval vast dient komen te staan dat de bestuurder die verklaringen heeft ingezien. Anders wordt de ondergrens van voorwaardelijk opzet niet bereikt.

[20]

HR 6 mei 2003, *NJ* 2003/509.

[21]

Zie MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 749. Men merke wel op dat die onderkenning van de wetgever in eerste instantie ziet op de positie van de schuldenaar-pandgever.

[22]

HR 13 november 2012, *NJ* 2012/661.

[23]

Volgens nr. 5.1.5 uit de in het arrest weergegeven overeenkomst waren de vennootschappen gehouden RCI een verklaring van de huisbankier te verstrekken waarin deze verklaarde afstand te doen van de hem verleende beperkte rechten voor zover deze in botsing kwamen met de

zekerheidsrechten die de vennootschappen aan RCI verstrekten (onder meer de bewuste pandrechten). Uit het arrest blijkt niet of deze verklaring is verstrekt. Zoals hiervoor vermeld, verklaarden de vennootschappen in dezelfde overeenkomst dat ze bevoegd zijn tot verpanding van de desbetreffende zaken en dat daarop geen beperkte rechten van derden rusten.

[24]

De bestanddelen 'wederrechtelijke bevoordeling' worden ruim uitgelegd. Degene die door gebruikmaking van de oplichtingsmiddelen een ander beweegt tot bijvoorbeeld het aangaan van een schuld handelt met het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling. Zie Noyon/Langemijer/Remmelink, t.a.p.

[25]

Zie paragraaf 2.2.1.

[26]

Vgl. HR 30 september 1994, *NJ* 1996/196 (*Staat/Shell*).

[27]

Niet alleen door een rechtstreekse schending van art. 326 Sr, maar ook door feitelijk leiding te geven aan de strafbare oplichting door de vennootschappen in de zin van art. 51 lid 2 onder 2 Sr.

[28]

Vgl. het hieronder te bespreken arrest *X/Eurocommerce*, HR 26 juni 2009, *NJ* 2009/418.

[29]

Strikt gezien is het namelijk niet zo dat dóór te bewerkstelligen dat de vennootschap een wettelijke plicht schendt (i.c. de plicht om te spreken), RCI met een onverhaalbare vordering wordt opgescheept. De vordering van RCI uit de geldleningsovereenkomst had immers zeer wel voldaan kunnen zijn indien de gang van zaken zich gunstiger had ontwikkeld. Ook indien de bestuurder bij het tot stand komen van de overeenkomst had gezwegen over de bestaande pandrechten van de bank.

[30]

HR 26 juni 2009, *NJ* 2009/418 (*X/Eurocommerce*).

[31]

Zie r.o. 4.5 in het arrest waarin de Hoge Raad aangeeft dat de bestuurder wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat Kloosterbrink niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen tegenover Fortis zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Eurocommerce dientengevolge zou lijden.

[32]

Zie hierover ook A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn', *WPNR* 2015/7052, p. 218-219. Vgl. M.L. Tuil, '(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening', *MvV* 2015/2 die vanuit het leerstuk van dwaling (in de relatie tussen RCI en de vennootschappen) en via de band van de tweede categorie uit *Onvanger/Roelofsen* onder omstandigheden ook tot aansprakelijkheid concludeert.

[33]

De overeenkomst zou dan vanzelfsprekend ook vernietigd kunnen worden op grond van bedrog in de zin van art. 3:44 lid 3 BW. De vernietiging zal de benadeelde derde echter niet baten indien de vennootschap alsdan failliet is.

[34]

HR 25 november 1927, *NJ* 1928/368, m.nt. Scholten (*Kretschmar/Mendes de Leon*).

[35]

Zoals bekend heeft de Hoge Raad inmiddels in het *Tulip Air*-arrest bepaald dat de vraag of de maatstaf van het ernstig verwijt dient te worden toegepast, beantwoord moet worden aan de hand van de beoordeling van het kader waarbinnen de litigieuze gedragingen van de bestuurder hebben plaatsgevonden. HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21, m.nt. Van Schilfgaarde. Indien dat kader de bestuurlijke taakvervulling is, is hij slechts aansprakelijk bij een ernstig verwijt.

[36]

Zie r.o. 3.2.1 uit het arrest waarin de grondslag van de vordering door de Hoge Raad aldus wordt omschreven.

[37]

Opgemerkt dient hier te worden dat in het verwijt dat het hof de bestuurder maakt, ligt besloten dat deze de informatie over de afbraakplicht 'behoorde te weten'. Hij had zich op de hoogte moeten stellen van de situatie en op hem rustte in dat opzicht dus ook een onderzoeksplicht.

[38]

Men merke wel op dat in het hiervoor aangehaalde arrest *Tulip Air* de Hoge Raad in een *obiter dictum* overwoog dat de beoordeling in *Van de Riet/Hoffmann* niet draaide om het handelen van 'betrokkene' als bestuurder, maar om zijn handelen als deskundig bemiddelaar. Zie echter F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht', in: M. Holtzer, F. Leijten en D. J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer 2015, p. 325-326 die constateert dat het anders noemen van de bestuurder niet maakt dat het (plotseling) niet meer om het handelen als 'bestuurder' gaat.